



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2016

---

## **Verantwortlichkeit der Revisionsgesellschaft bei der Umwandlung (Art. 108 Abs. 2 FusG)**

Cathomas, Linus ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-129821>  
Journal Article

Originally published at:

Cathomas, Linus; Von der Crone, Hans Caspar (2016). Verantwortlichkeit der Revisionsgesellschaft bei der Umwandlung (Art. 108 Abs. 2 FusG). Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 88(5):532-547.

# Verantwortlichkeit der Revisionsgesellschaft bei der Umwandlung (Art. 108 Abs. 2 FusG)

Bundesgerichtsurteil 4A\_574/2015 vom 11. April 2016

Mit Bemerkungen von RA M.A. HSG Linus Cathomas und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone,  
beide Universität Zürich

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 1. Keine Pflicht des Umwandlungsprüfers zur Überschuldungsanzeige
  - 2. Ungenügende Schadenssubstantiierung
  - 3. Prüfung der Umwandlungsbilanz
- III. Bemerkungen
  - 1. Pflichtverletzungen
  - 2. Schaden
- IV. Schlussbemerkungen
  - 1. Pflichtverletzung
  - 2. Schaden

## I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 1. Juli 2009 wurde die Umwandlung der F. GmbH in eine Aktiengesellschaft (nunmehr F. AG) ins Handelsregister des Kantons Schwyz eingetragen. Als Umwandlungsbilanz diente die Bilanz der Jahresrechnung des Geschäftsjahrs 2008 (Bilanzstichtag: 31. Dezember 2008). Diese wies einen Aktivenüberschuss von ca. CHF 22 000 aus, wobei sich die Aktiven zu rund 23% aus einer Darlehensforderung und zu rund 70% aus aktivierten Gründungs- und Organisationskosten zusammensetzten. Geprüft wurde die Bilanz von der C. AG (Beklagte), welche in ihrem Prüfungsbericht vom 23. Juni 2009 bestätigte, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Umwandlung erfüllt seien. Auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts wurde verzichtet (Art. 61 Abs. 2 FusG); die Gesellschaft verfügte über keine Revisionsstelle (Art. 727a Abs. 2 OR).<sup>1</sup>

Am 2. August 2011 wurde der Konkurs über die F. AG eröffnet, welcher wenige Monate später mangels Aktiven eingestellt wurde (Art. 230 f. SchKG). Daraufhin ermächtigte das zuständige Betreibungsamt zwei Gläubigerinnen der F. AG (Klägerinnen), gepfändete Verantwortlichkeitsansprüche der F. AG gegen die Beklagte im Umfang von insgesamt

CHF 138 130 geltend zu machen (Art. 131 Abs. 2 SchKG).<sup>2</sup>

Gestützt auf diese Ermächtigung erhoben die Klägerinnen am 2. Oktober 2012 Klage beim Bezirksgericht Schwyz. Als Begründung führten sie zwei Pflichtverletzungen der Beklagten an: *Erstens* sei die Beklagte in analoger Anwendung von Art. 725 Abs. 3 OR zur Benachrichtigung des Richters verpflichtet gewesen, da die F. AG bereits vor bzw. bei der Umwandlung überschuldet gewesen sei; *zweitens* hätte kein positiver Prüfungsbericht abgegeben werden dürfen, weil in der Umwandlungsbilanz aktivierte Gründungs- und Organisationskosten sowie nicht werthaltige Aktiven aufgeführt gewesen seien, wodurch ein Verstoss gegen die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften vorgelegen habe. Durch die Unterlassung der Überschuldungsanzeige bzw. die mangelhafte Umwandlungsprüfung sei die Konkursöffnung zu spät erfolgt, weshalb ein Fortführungsschaden (sog. Konkursverschleppungsschaden) entstanden sei.

Sowohl das Bezirksgericht Schwyz als auch das mittels Berufung angerufene Kantonsgericht Schwyz wiesen die Klage mit Urteilen vom 28. November 2013 bzw. 11. September 2015 ab. Auch die daraufhin erhobene Beschwerde in Zivilsachen wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

### 1. Keine Pflicht des Umwandlungsprüfers zur Überschuldungsanzeige

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die mit der Prüfung der Umwandlung betraute Revisionsgesellschaft (Umwandlungsprüfer) nicht zur Überschuldungsanzeige verpflichtet sei.<sup>3</sup> Es verweist in diesem Zusammenhang auf die Erwägungen des Kantonsgerichts, wonach die Anzeigepflicht auf die ordentliche

<sup>1</sup> Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 28. November 2013 (ZGO 2012 7/dre), E. 4.1a.

<sup>2</sup> Sodann ins Recht gefasst wurde der für die Umwandlungsprüfung zuständige Revisor. Dessen Passivlegitimation wurde von den Vorinstanzen verneint (Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 28. November 2013 [ZGO 2012 7/dre], E. 3; Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 11. September 2015 [ZK1 2014 4], E. 1d und e), während das Bundesgericht die Frage im vorliegenden Entscheid offen gelassen hat (BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 7; vgl. hierzu BGer 4C.455/1995 vom 28. Mai 1996, E. 6).

<sup>3</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 5.

Revisionsstelle (Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR) bzw. den zur Prüfung einer Zwischenbilanz beigezogenen Revisor (Art. 725 Abs. 3 OR), nicht aber auf den Umwandlungsprüfer zugeschnitten sei. Zudem hätte die Gesellschaft im Falle einer Überschuldung gar nicht in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden können – die Anwendbarkeit der (aktienrechtlichen) Pflicht zur Überschuldungsanzeige falle daher schon aus logischen Gründen ausser Betracht.<sup>4</sup>

## 2. Ungenügende Schadenssubstantiierung

Weiter führt das Bundesgericht aus, dass das Anwachsen der Überschuldung aufgrund einer mangelhaften Umwandlungsprüfung auch dann für die Schadensberechnung relevant sei, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung bereits massiv überschuldet ist.<sup>5</sup> Zu beachten sei ferner, dass der Verlust des Aktienkapitals, welches aufgrund des Rechtsformwechsels *zusätzlich* einbezahlt worden sei, keinen Gesellschaftsschaden darstelle, weil dieses Kapital der Gesellschaft im Falle eines negativen Prüfungsberichts schon gar nicht zugeflossen wäre.<sup>6</sup>

Im Zusammenhang mit dem Schadensnachweis hält das Bundesgericht sodann fest, dass die Klägerinnen den von ihnen behaupteten Konkursverschleppungsschaden nicht hinreichend substantiiert hätten: So sei nicht begründet worden, weshalb die Konkursöffnung am Tag der Umwandlungsprüfung erfolgt wäre, wenn sich die Beklagte pflichtkonform verhalten hätte (Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung);<sup>7</sup> zudem seien die beiden vorgelegten Bilanzen aus verschiedenen Gründen zum Schadensnachweis ungeeignet (vgl. hierzu im Einzelnen III.2.3.2).<sup>8</sup>

## 3. Prüfung der Umwandlungsbilanz

Aufgrund der ungenügenden Schadenssubstantiierung hat das Bundesgericht nicht geprüft, ob der Umwandlungsprüfer verpflichtet gewesen wäre, die Um-

wandlungsbilanz im Hinblick auf die Einhaltung der Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften zu überprüfen. Es geht dafür auf die Frage ein, ob zwischen dem Stichtag der Umwandlungsbilanz und der Umwandlungsprüfung wichtige Änderungen in der Vermögenslage der Gesellschaft eingetreten sind und der Umwandlungsprüfer deshalb verpflichtet gewesen wäre, eine Zwischenbilanz zu verlangen (Art. 58 Abs. 1 FusG):<sup>9</sup> In einem ersten Schritt weist das Bundesgericht auf eine Lehrmeinung, wonach u.a. dann von einer wichtigen Änderung in der Vermögenslage auszugehen ist, wenn sich das Eigenkapital im Zeitraum zwischen dem Stichtag der Umwandlungsbilanz und der Umwandlungsprüfung um mehr als 10% verringert. Daran anknüpfend hält es fest, dass die Erstellung einer Zwischenbilanz in der gegebenen Situation angezeigt gewesen wäre, weil die Umwandlungsbilanz einen Aktivenüberschuss im Umfang von lediglich ca. CHF 22 000 ausgewiesen habe, die erwähnte 10%-Grenze also bereits überschritten worden wäre, wenn sich die Nettoaktiven im relevanten Zeitraum um mehr als ca. CHF 2000 reduziert hätten; überdies habe es sich bei den wichtigsten Vermögenswerten um aktivierte Gründungs- und Organisationskosten gehandelt.

## III. Bemerkungen

Gemäss Art. 108 Abs. 2 FusG sind alle mit der Prüfung der Umwandlung befassten Personen sowohl den Rechtsträgern als auch den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sowie den Gläubigerinnen und Gläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Eine Schadenersatzpflicht des Umwandlungsprüfers setzt folglich eine schuldhaft erfolgte Pflichtverletzung, einen Schaden sowie einen Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden voraus.

Im vorliegenden Entscheid prüfte das Bundesgericht lediglich die Haftungsvoraussetzungen der Pflichtverletzung und des Schadens, weshalb sich diese Entscheidsbesprechung auch auf diese beiden Themenkomplexe beschränkt: In einem ersten Schritt wird untersucht, inwieweit das Verhalten der Beklagten als Pflichtverletzung zu qualifizieren ist (III.1.).

<sup>4</sup> Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 11. September 2015 (ZK1 2014 4), E. 3e.

<sup>5</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.2.

<sup>6</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.4.

<sup>7</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.1.

<sup>8</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.1, 6.5.3, 6.6.1.

<sup>9</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.5.2.

Anschliessend ist auf verschiedene beweisrechtliche Probleme im Zusammenhang mit dem Schadenschadensnachweis einzugehen (III.2.). Nicht behandelt werden dagegen Fragen der Kausalität<sup>10</sup> und des Verschuldens.

## 1. Pflichtverletzungen

### 1.1 Allgemeines zum Verhältnis zwischen Revisionsstelle und Umwandlungsprüfer

Vorliegend wurde dem Umwandlungsprüfer vorgeworfen, dass er die (behauptete) Überschuldung der Gesellschaft nicht dem Richter gemeldet habe und ihm nicht aufgefallen sei, dass die Bewertung bzw. Aktivierung einzelner Positionen der Umwandlungsbilanz gegen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften verstossen habe.<sup>11</sup> Diesbezüglich gilt es zu beachten, dass sowohl die Pflicht zur Überschuldungsanzeige als auch die Pflicht zur Prüfung der Buchführungs- und Rechnungslegungskonformität nicht dem FusG entnommen werden können, sondern im OR zu finden sind, und zwar im Zusammenhang mit der Abschlussprüfung durch die Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR). Die Klägerinnen scheinen folglich die Auffassung zu vertreten, dass der Umwandlungsprüfer auch gewisse Funktionen der Revisionsstelle wahrnehmen muss.

Die Bindung des Umwandlungsprüfers an den Pflichtenkatalog der Revisionsstelle hätte u.U. zur Folge, dass der Umwandlungsprüfer Aufgaben erledigen muss, die bereits von der Revisionsstelle erledigt worden sind. Solche Pflichtenredundanzen sind ineffizient und daher grundsätzlich abzulehnen. Eine Er-

weiterung des Aufgabenbereichs des Umwandlungsprüfers muss hingegen in Betracht gezogen werden, wenn die Revisionsstelle ihre (Schutz-)Funktion nicht oder nur beschränkt erfüllen kann. Dies ist der Fall, wenn die Gesellschaft nur zur eingeschränkten (und nicht zur ordentlichen) Revision verpflichtet ist oder, wie in der gegebenen Konstellation, aufgrund eines *Opting-out* über gar keine Revisionsstelle verfügt (Art. 727a Abs. 2 OR).<sup>12</sup> In einer solchen Situation kommen zwei Lösungsansätze in Frage: Bei einer *dynamischen Betrachtungsweise* hat eine eingeschränkte Revision oder das Fehlen einer Revisionsstelle zur Folge, dass der Umwandlungsprüfer jene Aufgaben erfüllen muss, die durch die Revisionsstelle nicht bzw. nur beschränkt wahrgenommen werden. Bei einer *funktionalen Betrachtungsweise* ist der Umwandlungsprüfer dagegen in jedem Fall nur zu den Prüfungshandlungen gemäss FusG verpflichtet, und zwar unabhängig davon, ob eine Revisionsstelle existiert und welcher Prüfungsmodus Anwendung findet.<sup>13</sup>

### 1.2 Überschuldungsanzeige

#### 1.2.1 Gesetzliche Regelung

Das Aktienrecht sieht vor, dass der Verwaltungsrat im Falle der begründeten Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen muss. Zeigt die Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, hat der Verwaltungsrat den Richter über die Überschuldung zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2 OR). Tut er dies nicht, ist die Revisionsstelle – sowohl bei der ordentlichen als auch bei der eingeschränkten Revision – zur Anzeige an den Richter verpflichtet, falls die Überschuldung eine offensichtliche ist (Art. 728c

<sup>10</sup> Im Zusammenhang mit der Kausalität ist v.a. entscheidend, ob eine mangelhafte Umwandlungsprüfung dazu führen kann, dass der Konkurs zu spät eröffnet wird. Die Vorinstanzen haben angedeutet, dass ein solcher Kausalzusammenhang zu verneinen ist (Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 28. November 2013 [ZGO 2012 7/dre], E. 4.2c; Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 11. September 2015 [ZK1 2014 4], E. 4g). Das Bundesgericht hat sich – ausser im Rahmen der Zusammenfassung der vorinstanzlichen Erwägungen (BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 4) – nicht zu dieser Frage geäußert.

<sup>11</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass die Kostenaktivierung in der gegebenen Konstellation wohl gestützt auf den im Zeitpunkt der Umwandlungsprüfung in Kraft stehenden Art. 664 aOR erfolgt ist, der die Aktivierung von Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten erlaubt hat.

<sup>12</sup> Zur Problematik des *Opting-out* vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 15 N 552 ff. und 564.

<sup>13</sup> Der Aufgabenbereich des Umwandlungsprüfers wäre bei diesem Ansatz also unabhängig vom Bestand und dem Pflichtenkatalog der Revisionsstelle; vgl. hierzu auch Rolf Bender, Das «Sandhaufentheorem». Ein Beitrag zur Regelungstechnik in der Gesetzgebungslehre, in: Ulrich Klug/Thilo Ramm/Fritz Rittner/Burkhard Schmiedel (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Zivilprozessrecht, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin/Heidelberg/New York 1978, 34 ff.

Abs. 3 bzw. Art. 729c OR). Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so obliegen deren Anzeigepflichten dem zugelassenen Revisor, der spezifisch zur Prüfung der Zwischenbilanz beigezogen wird (Art. 725 Abs. 3 OR).

Im Folgenden wird untersucht, ob der Umwandlungsprüfer eine von ihm festgestellte Überschuldung dem Richter anzeigen muss.

### 1.2.2 Zusatzaufwand für den Umwandlungsprüfer

Als Argument für eine Pflicht zur Überschuldungsanzeige könnte ins Feld geführt werden, dass eine solche keinen zusätzlichen Prüfungsaufwand für den Umwandlungsprüfer mit sich bringen würde: Das Aktienrecht verpflichtet das Prüfungsorgan nämlich nur dann zur Bilanzdeponierung, wenn die Gesellschaft offensichtlich, d.h. für jeden verständigen Menschen ohne weitere Abklärungen ersichtlich,<sup>14</sup> überschuldet ist – eine Vermögenslage, die vom Umwandlungsprüfer, der von Gesetzes wegen mindestens ein zugelassener Revisionsexperte sein muss (vgl. Art. 727b Abs. 1 OR), grundsätzlich auf Anhieb erkannt werden sollte.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Frage, ob die Überschuldung als offensichtlich i.S.v. Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR qualifiziert, in der Praxis häufig um einiges schwieriger zu beantworten ist als in der Theorie (und nicht selten zu Konflikten zwischen dem Prüforgan und dem Verwaltungsrat führt).<sup>15</sup> Zudem hat das Prüforgan bei festgestellter offensichtlicher Überschuldung weit mehr zu tun, als den Richter über die Vermögenslage zu informieren: Zunächst muss es dem Verwaltungsrat eine mehrwöchige Frist ansetzen, innerhalb welcher dieser seinen Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR nachkommen muss;<sup>16</sup> nach Fristablauf hat das Prüforgan zu kontrollieren, ob der Verwaltungsrat pflichtkonform gehandelt hat, bevor es dann, im Säumnisfalle, selbst

den Gang zum Richter antreten muss.<sup>17</sup> Zwischen der eigentlichen Prüfungshandlung, anlässlich welcher die Überschuldung festgestellt wird, und der Bilanzdeponierung vergeht folglich ein relativ langer Zeitraum. Demgegenüber sieht das Fusionsgesetz vor, dass die Tätigkeit des Umwandlungsprüfers mit der Abgabe des Prüfungsberichts endet, er nach der Vorname der Prüfungshandlungen mithin nicht mehr an die Gesellschaft gebunden ist.<sup>18</sup>

Die Pflicht zur Überschuldungsanzeige hätte also eine zeitliche Bindung des Umwandlungsprüfers zur Folge, welche der fusionsgesetzlichen Konzeption der Umwandlungsprüfung widerspricht.

### 1.2.3 Gesellschafter- und Gläubigerschutz

Das Fehlen einer Revisionsstelle kann dazu führen, dass eine Überschuldung nicht rechtzeitig registriert bzw. angezeigt wird. Zwar ist in jedem Fall primär der Verwaltungsrat dafür verantwortlich, dass die Überschuldungsanzeige rechtzeitig vorgenommen wird. Falls dieser jedoch nicht erkennt (oder erkennen will), dass die Gesellschaft überschuldet ist, greift der Schutzmechanismus von Art. 725 Abs. 2 und 3 OR nicht, weil der Verwaltungsrat keine Zwischenbilanz erstellen und folglich auch kein externes Prüforgan beiziehen wird, welches die Bilanz bei Säumnis des Verwaltungsrats deponieren könnte. Ein *Opting-out* hat demnach eine Schutzlücke für die Gesellschafter und Gläubiger – die Schutzadressaten des Anzeigeregimes – zur Folge.<sup>19</sup>

Die beschriebene Schutzlücke könnte (zumindest ein Stück weit) geschlossen werden, wenn der Umwandlungsprüfer verpflichtet wäre, eine von ihm festgestellte Überschuldung anzuzeigen. Es gilt jedoch wiederum, dass die mit einer Anzeigepflicht

<sup>14</sup> Vgl. die Hinweise bei Rolf Watter/Karim Maizar, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016, N 34 zu Art. 728c.

<sup>15</sup> Vgl. Tatjana Linder/Hans Caspar von der Crone, Die Revisionsstelle in der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SZW 79 (2007), 491 f.; Rico A. Camponovo, Anzeige der offensichtlichen Überschuldung durch die Revisionsstelle, Alte und neue Probleme zu den neuen Art. 728c Abs. 3 bzw. 729c revOR, ST 5 (2006), 382 ff.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu auch I.2.1.

<sup>17</sup> BSK OR II-Watter/Maizar (Fn. 14), N 34 zu Art. 728c.

<sup>18</sup> Vgl. Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014, N 503; hingewiesen sei auf eine Minderheitsmeinung, der zufolge der Transaktionsprüfer über die Abgabe des Prüfungsberichts hinaus verpflichtet ist, an der Gesellschafterversammlung, in welcher über die Umstrukturierung beschlossen wird, teilzunehmen (vgl. Rolf Watter/Corrado Rampini, in: Rolf Watter/Peter Nedim Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker [Hrsg.], Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, N 14 zu Art. 40).

<sup>19</sup> Vgl. BGE 121 III 420, E. 3; zu den aus einem *Opting-out* resultierenden Schutzlücken vgl. Böckli (Fn. 12), § 15 N 552 ff. und 564.



einhergehende lange zeitliche Bindung des Umwandlungsprüfers der Konzeption des Fusionsgesetzes widerspräche (vgl. III.1.2.2). Zudem ist zu bedenken, dass das Risiko einer verspäteten Überschuldungsanzeige auf den Entscheid des Gesetzgebers zurückzuführen ist, gewissen Gesellschaften die Möglichkeit eines *Opting-out* einzuräumen. Dass damit das Gesellschaftler- und Gläubigerschutzniveau sinkt, wurde vom Gesetzgeber in Kauf genommen<sup>20</sup> und ist sowohl den Gesellschaftern (welche dem *Opting-out* zugestimmt haben und diese Zustimmung grundsätzlich jederzeit widerrufen können [Art. 727a Abs. 4 OR]) als auch den Gläubigern (für welche das Fehlen der Revisionsstelle aus dem Handelsregister ersichtlich ist [Art. 62 HRegV]) bekannt. Vor diesem Hintergrund muss die Schutzwürdigkeit der Gesellschafter und Gläubiger deutlich relativiert werden.

Schliesslich hätte die Regelung, dass der Umwandlungsprüfer beim Fehlen einer Revisionsstelle um die Überschuldungsanzeige besorgt sein muss, zur Folge, dass die Gesellschafter und Gläubiger bei einer Umwandlung in den Genuss eines höheren Schutzniveaus kommen würden, als es ohne eine solche Umstrukturierung der Fall wäre. Diese Rechtsfolge würde aber definitiv über die Schutzfunktion hinausgehen, welche das Fusionsgesetz der Umwandlungsprüfung zugedacht hat.

Aus den genannten Gründen kann eine Anzeigepflicht des Umwandlungsprüfers nach hier vertretener Auffassung nicht auf Gesellschaftler- und Gläubigerschutzüberlegungen gestützt werden.

#### 1.2.4 Anzeigepflicht des Prüforgans als Systemwidrigkeit

Schliesslich muss beachtet werden, dass es sich bei der Überschuldungsanzeige um eine Geschäftsführungsaufgabe handelt, für die eigentlich das Exekutivorgan zuständig ist (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR). Die Pflicht des Prüfungsorgans zur Bilanzdeponierung wird deshalb gemeinhin als «Systemwidrigkeit» qualifiziert, weshalb sie vom Gesetzgeber auch als

*ultima ratio* ausgestaltet worden ist.<sup>21</sup> Im Rahmen der Rechtsanwendung muss dieser konzeptionellen Unregelmässigkeit Rechnung getragen werden, indem die entsprechenden Normen restriktiv ausgelegt werden. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 725 Abs. 3 OR ist daher auch aus systematischen Gründen nicht angezeigt.

#### 1.2.5 Fazit

Der Entscheid des Bundesgerichts, dass der Umwandlungsprüfer eine von ihm festgestellte Überschuldung nicht dem Richter anzeigen muss, verdient aufgrund der angestellten Überlegungen Zustimmung. Der Vollständigkeit halber sei immerhin daran erinnert, dass der Umwandlungsprüfer bei einer solchen Vermögenslage keinen positiven Prüfungsbericht ausstellen darf.<sup>22</sup>

### 1.3 Revision der Umwandlungsbilanz

#### 1.3.1 Ausgangslage

Der Verwaltungsrat erstellt die Umwandlungsbilanz. Er legt diese zusammen mit anderen Transaktionsdokumenten dem Umwandlungsprüfer vor (Art. 62 Abs. 1 FusG), welcher alsdann prüfen muss, ob die Voraussetzungen der Umwandlung erfüllt sind, insbesondere, ob die Rechtsstellung der Gesellschafter nach der Umwandlung gewahrt bleibt (Art. 62 Abs. 4 FusG). Welchen Inhalts diese Prüfung genau ist, wird durch das Gesetz nicht beantwortet. Denkbar sind aber grundsätzlich zwei Prüfungsmodi: Bei einer *eingeschränkten Prüfung* müsste nur geprüft werden, ob die Gesellschaft nach Massgabe der Buchwerte, welche der Umwandlungsbilanz zugrunde liegen, überschuldet ist. Bei einer *umfassenden Prüfung* müsste sich der Umwandlungsprüfer hingegen noch *zusätzlich* vergewissern, dass das Zahlenwerk der Umwandlungsbilanz den Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften genügt (d.h. vollständig und richtig ist).

<sup>20</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 3992, worin die mit einem *Opting-out* einhergehenden Risiken u.a. mit vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Gläubiger gerechtfertigt werden (Personal- und Real-sicherheiten, An- und Vorauszahlungen etc.).

<sup>21</sup> Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 33 N 92 ff.

<sup>22</sup> Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Martin Dietrich/Katja Berlinger, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 1221; vgl. auch Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Kurzkommmentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz 11. Oktober 2004, REPRAX 2/3 (2004), 18.

Während sich die Rechtsprechung noch nicht zur Frage geäußert hat, welcher dieser beiden Prüfungsmodi für den Umwandlungsprüfer massgeblich ist, spricht sich die h.L. für eine eingeschränkte Prüfungspflicht des Umwandlungsprüfers aus: Ihr zufolge darf sich der Umwandlungsprüfer also auf die ihm vorgelegte Bilanz verlassen, weshalb er insbesondere nicht gehalten ist, einzelne Bilanzpositionen auf ihre Übereinstimmung mit den Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften zu überprüfen.<sup>23</sup> Diese Auffassung ist nicht unproblematisch: Die Rechnungslegung – und die ihr zugrunde liegende Buchführung (Art. 957a Abs. 1 OR) – soll nämlich sicherstellen, dass die Vermögenslage der Gesellschaft wahrheitsgemäss dargestellt wird (*true and fair view*, Art. 958 Abs. 1 OR). Wenn der Umwandlungsprüfer nun aber nicht überprüft, ob die Umwandlungsbilanz im Einklang mit den Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften erstellt worden ist, besteht die Gefahr, dass der Umwandlungsprüfer die Umwandlung einer materiell überschuldeten Gesellschaft «durchwinkt», weil die Umwandlungsbilanz die tatsächliche Vermögenssituation nicht korrekt wiedergibt. Diese Gefahr ist besonders gross, wenn die Gesellschaft, wie im vorliegenden Fall, über keine Revisionsstelle verfügt, kann aber selbst dann nicht ausgeschlossen werden, wenn der Umwandlung eine revidierte Bilanz zugrunde gelegt wird.

Im Folgenden ist deshalb zu untersuchen, ob der Umwandlungsprüfer bei der Prüfung der Umwandlungsbilanz berücksichtigen muss, ob bzw. in welchem Umfang diese bereits revidiert worden ist.

### 1.3.2 Vorliegen einer revidierten Umwandlungsbilanz

#### (1) Grundsatz: Keine Überprüfung der Buchführungs- und Rechnungslegungskonformität

Eine revidierte Bilanz dürfte vorab in jenen Fällen vorhanden sein, in denen der Umwandlung die Abschlussbilanz (d.h. die Bilanz der Jahresrechnung gemäss Art. 958 Abs. 2 OR) zugrunde gelegt wird. Diese muss nämlich, ausser im Falle eines *Opting-out* (vgl. Art. 727a Abs. 2 OR), von der Revisionsstelle der Gesellschaft revidiert werden, und zwar entweder im Rahmen der ordentlichen oder der eingeschränkten Revision (Art. 727 f. OR). Sowohl beim einen wie beim anderen Prüfungsmodus muss sich der Abschlussprüfer vergewissern, dass die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften eingehalten worden sind (*Prüfungsinhalt*). Während die Bilanz bei der eingeschränkten Revision aber nur auf ihre formelle Richtigkeit hin überprüft wird (z.B. bezüglich Vollständigkeit und Darstellung), beinhaltet die ordentliche Revision auch materielle Prüfungshandlungen (z.B. bezüglich Bestand und Bewertung einzelner Bilanzpositionen), welche nach dem Grundsatz der Wesentlichkeit (*materiality*) stichprobenweise durchzuführen sind.<sup>24</sup> Aufgrund dieser Unterschiede in der Prüfungstiefe werden Verstösse gegen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften bei der ordentlichen Revision grundsätzlich zuverlässiger entdeckt als bei der eingeschränkten Revision. Es ist jedoch zu beachten, dass die geringere Prüfungstiefe des *review* insofern kompensiert wird, als der Abschlussprüfer auch im Rahmen dieses Prüfungsmodus «angemessene Detailprüfungen» vornehmen muss (Art. 729a Abs. 2 OR), was insbesondere die Pflicht beinhaltet, Bestand und Bewertung wesentlicher Bilanzpositionen zu hinterfragen.<sup>25</sup>

Daran anschliessend kann festgehalten werden, dass weder die ordentliche noch die eingeschränkte Revision die Rechtskonformität der Umwandlungsbilanz

<sup>23</sup> Glanzmann (Fn. 18), N 521; Stéphane Konkoly, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012, N 11 zu Art. 62; Marc Amstutz/Ramon Mabillard, Fusionsgesetz (FusG), Basel 2008, N 4 zu Art. 62; BSK FusG-Lambert/Hasler (Fn. 18), N 11 zu Art. 62; BSK FusG-Gericke (Fn. 18), N 14 zu Art. 58; Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 3, Andere Prüfungen, Zürich 2009, 196; Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber, Kommentar FusG, 2. Aufl., Zürich 2012, N 6 zu Art. 62; a.M.: Daniel Hasler, Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Diss. Bern 2007, 128 f. (insb. Fn. 577); im Zusammenhang mit den Fusionsunterlagen bzw. der Fusionsbilanz: ZK-Gelzer (Fn. 23), N 21 zu Art. 15; Urs Schenker, Die Fusion, AJP 7 (2004), 786.

<sup>24</sup> Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 6 N 113 ff.

<sup>25</sup> Vgl. EXPERTsuisse (Hrsg.), Schweizer Standard zur eingeschränkten Revision (SER), 2. Aufl., Zürich 2015, 23: «Bei wesentlichen Bilanzpositionen sind die analytischen Prüfungshandlungen in der Regel um angemessene Detailprüfungen zu ergänzen, insbesondere wenn die Analysen nicht plausible Relationen oder Entwicklungen hervorbringen.»

lanz vollumfänglich garantieren können.<sup>26</sup> Eine Revision bietet aber trotzdem genügende Gewähr, dass jene Bilanzpositionen, welche das Prüfungsergebnis des Umwandlungsprüfers typischerweise beeinflussen können, den Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften genügen. Dies lässt sich auch am vorliegenden Fall illustrieren: Angesichts der zentralen Bedeutung der fragwürdigen Aktiva (rund 23% bzw. 70% der Bruttoaktiven) wäre die Revisionsstelle, hätte die Gesellschaft denn über eine solche verfügt, verpflichtet gewesen, Bestand und Bewertung dieser Vermögenswerte zu überprüfen, und zwar sowohl bei der ordentlichen als auch bei der eingeschränkten Revision. Es ist davon auszugehen, dass die beanstandeten Mängel der Umwandlungsbilanz hierbei zutage gefördert worden wären.

Daraus folgt, dass der Umwandlungsprüfer eine bereits revidierte Umwandlungsbilanz grundsätzlich nicht im Hinblick auf die Einhaltung der Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften überprüfen muss.

## (2) Relativierung: Plausibilitätsprüfung

Der Grundsatz der eingeschränkten Prüfungspflicht bedeutet aber nicht, dass sich der Umwandlungsprüfer unbeschleun auf die ihm vorgelegte Bilanz verlassen darf, nur weil diese bereits revidiert worden ist. Vielmehr ist er auch in diesem Fall zu einer grobmäschigen Plausibilitätsprüfung verpflichtet, an die jedoch keine strengen Anforderungen zu stellen sind: Anlass zu einem negativen Prüfungsbericht können nur Umstände geben, die einem zugelassenen Revisionsexperten auf den ersten Blick geradezu ins Auge stechen müssen (z.B. eine offensichtlich unvollständige oder falsch gegliederte Umwandlungsbilanz).<sup>27</sup>

### 1.3.3 Vorliegen einer nicht-revidierten Umwandlungsbilanz

Die vorhergehenden Ausführungen haben gezeigt, dass eine Revision zwar keine Garantie, aber immerhin einen zuverlässigen Hinweis auf die Buchführungs-

und Rechnungslegungskonformität der Umwandlungsbilanz darstellt. Wenn dem Umwandlungsprüfer nun aber eine nicht-revidierte Bilanz vorgelegt wird, fehlt dieses Gütesiegel und der Umwandlungsprüfer kann nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass die Vermögenslage der Gesellschaft in der Umwandlungsbilanz korrekt abgebildet ist. Es ist daher zu untersuchen, ob der Umwandlungsprüfer diesfalls verpflichtet ist, das Zahlenwerk der Umwandlungsbilanz (wie die Revisionsstelle im Rahmen der Abschlussprüfung) zu revidieren.<sup>28</sup>

## (1) Gesellschafter- und Gläubigerschutz

Auf eine solche Erweiterung der Prüfungspflichten deutet zunächst der Zweck der Umwandlungsbilanz hin – dieser besteht nämlich in der Bereitstellung einer zuverlässigen Informationsbasis, da die Gesellschafter den Umwandlungsbeschluss (Art. 64 FusG) nur in Kenntnis der Vermögenslage treffen sollten.<sup>29</sup> Da einzig eine Revision gewährleistet, dass die finanzielle Situation der Gesellschaft korrekt dargestellt wird (vgl. III.1.3.2), kann eine nicht-revidierte Umwandlungsbilanz die ihr zugedachten Funktionen nur bedingt erfüllen, was einen geringeren Schutz für die Gesellschafter zur Folge hat.

Dem ist – wie bereits im Zusammenhang mit der Überschuldungsanzeige ausgeführt (III.1.2.3) – entgegenzuhalten, dass die Gesellschafter aufgrund ihres einstimmigen Verzichts auf die Revisionsstelle nur bedingt schutzwürdig sind; dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass die beschriebene Schutzlücke auf den bewussten gesetzgeberischen Entscheid zurückzuführen ist, gewissen Gesellschaften die Möglichkeit eines *Opting-out* einzuräumen.

Ebenso wenig lassen sich zusätzliche Prüfungspflichten mit Gläubigerschutzüberlegungen rechtfertigen: Nach fast einhelliger Lehre dient die Umwandlungsprüfung nämlich nicht direkt dem Gläubigerschutz, sondern bewirkt diesen nur mittelbar.<sup>30</sup> Zudem ist aus dem Handelsregister für jedermann

<sup>26</sup> Zum *expectation gap* – also der Diskrepanz zwischen den Erwartungen an die Revisionsstelle und dem, was diese vernünftigerweise zu leisten vermag – vgl. etwa Matthias von Moos, *Expectation Gap – Phantom oder Wirklichkeit?*, ST 1/2 (1999), 437 ff.

<sup>27</sup> Ähnlich: Amstutz/Mabillard (Fn. 23), N 4 zu Art. 62; BSK FusG-Lambert/Hasler (Fn. 18), N 11 zu Art. 62.

<sup>28</sup> In der Praxis dürfte der Umwandlung jedoch meistens eine revidierte Bilanz zugrunde gelegt werden, um die Haftungsrisiken zu minimieren (BSK FusG-Gericke [Fn. 18], N 15 zu Art. 58).

<sup>29</sup> BSK FusG-Gericke (Fn. 18), N 4 zu Art. 58; Amstutz/Mabillard (Fn. 23), N 2 zu Art. 58.

<sup>30</sup> Vgl. die Übersicht zum Meinungsstand bei BSK FusG-Lambert/Hasler (Fn. 18), N 2 zu Art. 62.



ersichtlich, dass die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt (Art. 62 HRegV).

## (2) Analogie zur Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsprüfung

Bei Sacheinlagen im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung muss ein Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht erstellt werden, der insbesondere Informationen über Art, Zustand und Bewertung der eingebrachten Vermögenswerte zu enthalten hat (Art. 635 Ziff. 1 bzw. Art. 652e Ziff. 1 OR). Dieser Bericht muss vom Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsprüfer auf Vollständigkeit und Richtigkeit überprüft werden (Art. 635a bzw. Art. 652f Abs. 1 OR). Da eine etwaige Kapitalaufbringung auch bei der Umwandlung mittels Sacheinlage erfolgt (das Nennkapital der Zielgesellschaft wird mit dem Nettovermögen der Ausgangsgesellschaft liberiert), könnte eine Erweiterung der Prüfungspflichten des Umwandlungsprüfers auf eine analoge Anwendung von Art. 635a bzw. Art. 652f Abs. 1 OR gestützt werden.

Eine solche Analogie ist jedoch grundsätzlich ausgeschlossen, weil Art. 57 FusG ausdrücklich festhält, dass die Sacheinlagevorschriften keine Anwendung finden. Prüfwert ist der Analogieschluss hingegen in jenen Situationen, in welchen die Gesellschafter, wie in der gegebenen Konstellation, auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts verzichtet haben (Art. 61 Abs. 2 FusG): Gemäss geltender Handelsregisterpraxis (welche vom Bundesgericht im vorliegenden Urteil nicht beanstandet wurde) hat dies nämlich zur Folge, dass die Sacheinlagevorschriften – entgegen dem Grundsatz von Art. 57 FusG – Anwendung finden, weshalb die Gesellschaft einen Gründungsbericht gemäss Art. 635 OR erstellen und vom Umwandlungsprüfer prüfen lassen muss.<sup>31</sup> Zurückzuführen ist diese Praxis auf den Umstand, dass die Folgen einer ungenügenden Kapitalaufbringung (welche aus der Einbringung nicht werthaltiger Aktien resultieren kann) nicht nur von den Gesellschaftern, sondern auch von den Gläubigern zu tragen sind, und es daher nicht vertretbar wäre, wenn die Gesellschafter jegliche Berichtspflichten – ein im Zu-

sammenhang mit Sacheinlagen zentrales Instrument des Kapitalschutzes – wegbedingen könnten.<sup>32</sup>

Vorliegend geht es jedoch nicht um die Frage, ob ein Gründungsbericht erstellt bzw. geprüft werden muss, sondern inwieweit der Umwandlungsprüfer gehalten ist, die Angaben im Gründungsbericht bzw. der Umwandlungsbilanz zu hinterfragen. Dabei ist nicht ersichtlich, weshalb hinsichtlich Prüfungsinhalt und -tiefe höhere Anforderungen an den Umwandlungsprüfer gestellt werden sollten als in jenen Situationen, in denen ein Umwandlungsbericht erstellt wurde. Die Pflicht zur Erstellung eines Gründungsberichts bezweckt nämlich bloss, das aus dem Verzicht auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts resultierende Absinken des Gläubigerschutzniveaus auszugleichen – die Regelung, dass der Umwandlungsprüfer die Transaktionsdokumente bei Inanspruchnahme des «KMU-Rabatts»<sup>33</sup> auf Vollständigkeit und Richtigkeit zu überprüfen hat, würde jedoch über dieses Ziel hinausschiessen. Zudem stünde sie im Widerspruch zur *ratio* von Art. 61 Abs. 2 FusG (Erleichterung der Umwandlung),<sup>34</sup> weil sie im Ergebnis dazu führen würde, dass der Umwandlungsprüfer weitergehende Prüfungshandlungen vornehmen müsste, als es der Fall wäre, wenn die Gesellschafter nicht von den Erleichterungen gemäss Art. 61 Abs. 2 FusG Gebrauch gemacht hätten. Eine analoge Anwendung von Art. 635a bzw. Art. 652f Abs. 1 OR ist daher abzulehnen.<sup>35</sup>

## (3) Zweckmässigkeit

Schliesslich gilt es zu bedenken, dass die Umwandlungsprüfung – ausser im Falle einer Personalunion von Abschluss- und Umwandlungsprüfer (eine Konstellation, welche bei einem *Opting-out* gar nicht denkbar ist, weil die Gesellschaft diesfalls über keine Revisionsstelle verfügt) – nicht im Rahmen eines lau-

<sup>31</sup> Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (Fn. 22), 18.

<sup>32</sup> Von der Crone et al (Fn. 22), N 748. Es sei darauf hingewiesen, dass die beschriebene Praxis von einigen Autoren abgelehnt wird, weil sie im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 57 FusG und zum Zweck von Art. 61 Abs. 2 FusG stehe – zu diesem Lehrstreit vgl. BSK FusG-Gericke (Fn. 18), N 10 zu Art. 57.

<sup>33</sup> Böckli (Fn. 12), § 3 Fn. 873.

<sup>34</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung, und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), BBl 2000, 4365 f.

<sup>35</sup> Gl.M. (im Zusammenhang mit der Fusionsbilanz und mit anderer Begründung): BSK FusG-Kühni/Erni (Fn. 18), N 25e f. zu Art. 15.

fenden Mandats erfolgt, sondern sich die Wege von Gesellschaft und Umwandlungsprüfer bei der Umstrukturierung zum ersten Mal kreuzen. Im Unterschied zur ordentlichen Revisionsstelle (Gesellschaftsorgan) hat der Umwandlungsprüfer (ad hoc-Prüfer) also keine Vorkenntnisse bezüglich der finanziellen Lage, der Qualität des internen Kontrollsystems, der Fehleranfälligkeit der jeweiligen Prüfungsfelder etc. Genau dieses Wissen wäre aber erforderlich, um eine materielle Prüfung der Umwandlungsbilanz effizient und mit verhältnismässigem Aufwand durchführen zu können.<sup>36</sup> Es wäre daher nicht zweckmässig, wenn man den Umwandlungsprüfer zu Prüfungshandlungen verpflichten würde, die zum genuinen Aufgabenbereich des Abschlussprüfers gehören.<sup>37</sup>

#### 1.3.4 Fazit

Aufgrund ungenügender Schadenssubstantiierung hat das Bundesgericht nicht entschieden, ob der Umwandlungsprüfer verpflichtet ist, die Umwandlungsbilanz im Hinblick auf die Einhaltung der Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften zu überprüfen. In Übereinstimmung mit der h.L. sind die Autoren aber der Meinung, dass sich der Umwandlungsprüfer grundsätzlich auf die Angaben in der Umwandlungsbilanz verlassen darf. Er muss sich deshalb nicht vergewissern, ob die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften eingehalten worden sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die vorgelegte Bilanz im Rahmen einer ordentlichen oder eingeschränkten Revision geprüft oder, zufolge eines *Opting-out*, gar nicht revidiert worden ist. Zu fordern ist einzig, dass der Umwandlungsprüfer das Zahlenwerk der vorgelegten Bilanz einer kursorischen Plausibilitätsprüfung unterzieht.

### 1.4 Erfordernis einer Zwischenbilanz

#### 1.4.1 Gesetzliche Regelung

Das Gesetz sieht vor, dass der Umwandlung die letzte von der Gesellschaft erstellte Bilanz zugrunde gelegt wird (Art. 58 Abs. 1 FusG). Diese muss nicht eigens für die Umwandlung erstellt worden sein, sondern kann auch bereits anderen Zwecken gedient haben

(als Bilanz der Jahresrechnung [Art. 958 Abs. 2 OR], als Halbjahres- oder Quartalsabschluss [Art. 49 f. KR] etc.).<sup>38</sup> Erforderlich ist aber, dass die Umwandlungsbilanz hinreichend aktuell ist. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn (i) zwischen dem Bilanzstichtag und dem Umwandlungsplan<sup>39</sup> mehr als sechs Monate vergangen oder (ii) seit dem Bilanzabschluss wichtige Änderungen in der Vermögenslage der Gesellschaft eingetreten sind (Art. 58 Abs. 1 FusG). Liegt eine dieser beiden Tatbestandsvarianten vor, muss eine Zwischenbilanz nach Massgabe von Art. 58 Abs. 2 FusG erstellt werden.

#### 1.4.2 Pflicht zur Prüfung der Erforderlichkeit einer Zwischenbilanz

Das Erfordernis einer aktuellen Umwandlungsbilanz sowie die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften sollen verhindern, dass der Umwandlungsprüfer sein Prüfungsurteil aufgrund obsoleter oder unwahrer Informationen fällt. Damit wird gewährleistet, dass die Gesellschafter – welche den Prüfungsbericht vor der Beschlussfassung einsehen dürfen (Art. 63 Abs. 1 lit. c FusG) – den Umwandlungsbeschluss auf einer hinreichenden Informationsbasis treffen.<sup>40</sup> Es stellt sich nun die Frage, ob der Umwandlungsprüfer gehalten ist, die ihm vorgelegte Bilanz im Hinblick auf die Einhaltung von Art. 58 Abs. 1 FusG zu überprüfen, oder ob er sich, wie es im Zusammenhang mit den Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften der Fall ist (I.1.3), darauf verlassen darf, dass die von der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Bilanz den gesetzlichen Aktualitätsanforderungen genügt.

Für erstere Auffassung spricht, dass sich eine solche Prüfungspflicht zumindest mittelbar aus dem Fu-

<sup>38</sup> BSK FusG-Gericke (Fn. 18), N 6 ff. zu Art. 58.

<sup>39</sup> Gemäss dem Wortlaut von Art. 58 Abs. 1 FusG ist zur Fristberechnung der Zeitraum zwischen Bilanzstichtag und Umwandlungsbericht massgeblich. Da das Gesetz bei der Fusion (Art. 11 Abs. 1 FusG) bzw. der Spaltung (Art. 35 Abs. 1 FusG) auf das Datum des Fusionsvertrags bzw. des Spaltungsvertrags oder -plans abstellt, wird die Massgabe des Umwandlungsberichts von der h.L. als redaktionelles Versehen qualifiziert, weshalb auf den Tag des Umwandlungsplans abzustellen sei (vgl. etwa Hasler [Fn. 23], Fn. 480).

<sup>40</sup> Vgl. Amstutz/Mabillard (Fn. 23), N 2 zu Art. 58, denen zufolge die Umwandlungsbilanz der Bereitstellung von *cognitive resources* und damit der Förderung einer sachlich fundierten Entscheidungsfindung dient.

<sup>36</sup> Von der Crone (Fn. 24), § 6 N 115.

<sup>37</sup> Gl.M. Glanzmann (Fn. 18), N 521; im Zusammenhang mit der Fusionsbilanz: Ulysses von Salis, Fusionsgesetz [<http://www.fusionsgesetz.ch>], 117.

sionsgesetz ergibt: Die Anforderungen, die das Gesetz in Art. 58 Abs. 1 FusG an die Umwandlungsbilanz stellt, sind nämlich als Umwandlungsvoraussetzungen i.S.v. Art. 62 Abs. 4 FusG zu qualifizieren, weshalb deren Einhaltung vom Umwandlungsprüfer kontrolliert werden muss. Demgegenüber ist die Prüfung der Buchführungs- und Rechnungslegungskonformität nicht im Fusionsgesetz vorgesehen, sondern müsste auf eine analoge Anwendung der Pflichten des Abschluss- bzw. Kapitalerhöhungsprüfers gestützt werden (was aus den in III.1.3 aufgezeigten Gründen abzulehnen ist).

Als weiteres Argument ist sodann ins Feld zu führen, dass der Umwandlungsprüfer die einzige Instanz ist, welche zur Prüfung der Voraussetzungen gemäss Art. 58 Abs. 1 FusG in Frage kommt – auch das ein Unterschied zur Prüfung der Buchführungs- und Rechnungslegungskonformität, welche zu den gesetzlichen Hauptaufgaben der Revisionsstelle gehört.

Daran anschliessend sind die Autoren – wie auch das Bundesgericht – der Meinung, dass der Umwandlungsprüfer kontrollieren muss, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 58 Abs. 1 FusG erfüllt sind.<sup>41</sup>

#### 1.4.3 Wichtige Änderungen in der Vermögenslage

Obwohl von den Klägerinnen keine entsprechende Pflichtverletzung geltend gemacht wurde, geht das Bundesgericht – soweit ersichtlich zum ersten Mal – auf die Frage ein, unter welchen Umständen von einer wichtigen Änderung in der Vermögenslage auszugehen (und daher eine Zwischenbilanz erforderlich) ist.

##### (1) Lehre und Handelsregisterpraxis: Entwicklung des Eigenkapitals als zentrales Kriterium

Ein Teil der Lehre und das Eidgenössische Handelsregisteramt stellen bei der Beurteilung, ob eine wichtige Änderung in der Vermögenslage eingetreten ist,

auf die Entwicklung des Eigenkapitals ab.<sup>42</sup> Das Problem bei diesem Ansatz ist, dass der Umwandlungsprüfer ohne aktuelle Bilanz unter Umständen gar nicht nachvollziehen kann, ob, in welche Richtung und in welchem Ausmass sich das Eigenkapital verändert hat. Bei manchen Ereignissen (z.B. bei einer konstitutiven Kapitalherabsetzung) lassen der Handelsregistereintrag bzw. die dazugehörigen Belege zwar gewisse Rückschlüsse auf die Vermögensentwicklung zu,<sup>43</sup> von anderen relevanten Vorkommnissen (z.B. Verlusten) erfährt der Umwandlungsprüfer jedoch nur, wenn er hierüber von den Gesellschaftsorganen informiert wird (vgl. Art. 62 Abs. 3 FusG).

##### (2) Bundesgericht: Kritische Vermögenslage als zentrales Kriterium

Dass der Umwandlungsprüfer im Einzelfall gar nicht wissen kann, wie sich das Eigenkapital seit dem Stichtag der ihm vorgelegten Bilanz entwickelt hat, ist nicht zwingend problematisch (etwa wenn die Gesellschaft im relevanten Zeitraum zwar Verluste verbuchen musste, die Kapitalanforderungen der Zielgesellschaftsform aber nach wie vor erfüllt). Die Unkenntnis der Vermögensentwicklung kann aber nicht hingenommen werden, wenn der Umwandlungsprüfer nicht mehr beurteilen kann, «ob die Voraussetzungen für die Umwandlung erfüllt sind» (Art. 62 Abs. 4 FusG) bzw. wenn er im Wissen um die tatsächliche Sachlage ein anderes Prüfungsurteil abgeben würde. Im Zusammenhang mit der Prüfung der Umwandlungsbilanz ist v.a. an jene Konstellationen zu denken, in denen die Gesellschaft am Stichtag der Umwandlungsbilanz zwar über einen Aktivenüberschuss verfügt, zwischen diesem Zeitpunkt und der Umwandlungsprüfung aber in eine Überschuldung gerät. Um das Risiko zu minimieren, dass die Umwandlung trotz einer solchen Vermögenssituation erfolgt, muss eine Zwischenbilanz u.E. immer dann erstellt werden, wenn der Umwandlungsprüfer

<sup>41</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.5.2; gl.M. Oliver Triebold, in: Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Fusionsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016, N 5 zu Art. 62; BSK FusG-Lambert/Hasler (Fn. 18), N 13 zu Art. 62; Glanzmann (Fn. 18), N 520.

<sup>42</sup> ZK-Pestalozzi/Essebie (Fn. 23), N 10 zu Art. 58; Treuhandkammer, Empfehlungen zur Prüfung, Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) (PE 800-1), Zürich 2006, N 131; im Zusammenhang mit der Fusionsbilanz: Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (Fn. 22), 8; Böckli (Fn. 12), § 3 N 81; im Zusammenhang mit der Spaltungsbilanz: BSK FusG-Watter/Büchi (Fn. 18), N 13 zu Art. 35.

<sup>43</sup> Vgl. ZK-Pestalozzi/Essebie (Fn. 23), N 11 zu Art. 58.

Grund zur Annahme hat, dass die Gesellschaft dem einschlägigen Kapitalregime möglicherweise nicht genügt.<sup>44</sup>

Auch das Bundesgericht scheint sich dieser Auffassung vorliegend angeschlossen zu haben: Zwar hält es zunächst fest, dass im Falle der Verringerung des Eigenkapitals um mehr als 10% von einer wichtigen Änderung in der Vermögenslage auszugehen ist. Dass die Erstellung einer Zwischenbilanz in der gegebenen Konstellation angezeigt gewesen wäre, wird – wohl mangels Kenntnis des Vermögensstands im Zeitpunkt der Umwandlungsprüfung – aber letztlich damit begründet, dass die Gesellschaft am Stichtag der Umwandlungsbilanz über ein dünnes Kapitalpolster verfügt und sich ein wesentlicher Teil des Vermögens aus fragwürdigen Aktiven zusammengesetzt hat.

#### 1.4.4 Fazit

Der Umwandlungsprüfer muss kontrollieren, ob die ihm vorgelegte Bilanz den Aktualitätsanforderungen von Art. 58 Abs. 1 FusG genügt. Dabei ist die Beurteilung, ob eine wesentliche Veränderung der Vermögenslage vorliegt, grundsätzlich anhand der Entwicklung des Eigenkapitals vorzunehmen. Kann der Umwandlungsprüfer die Eigenkapitalentwicklung nicht nachvollziehen, darf er nicht unbedenken davon ausgehen, dass keine Zwischenbilanz erforderlich ist. Vielmehr muss er die ihm vorgelegte Bilanz im Hinblick auf Anzeichen einer möglichen Überschuldung überprüfen. Sind entsprechende Hinweise ersichtlich (geringer Aktivenüberschuss, einseitige oder aus anderen Gründen kritische Zusammensetzung der Aktiven etc.), muss er eine Zwischenbilanz verlangen.

## 2. Schaden

Vorliegend hat das Bundesgericht verschiedene beweisrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem

Schadensnachweis aufgeworfen; diese sollen im Folgenden näher beleuchtet werden.<sup>45</sup>

### 2.1 Beweisgegenstand

Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche Tatsachen, soweit sie bestritten sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Dazu gehören grundsätzlich sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen eines Rechtssatzes,<sup>46</sup> im vorliegenden Fall also Pflichtverletzung, Schaden, Verschulden sowie Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden (Art. 108 Abs. 2 FusG).

Im Zusammenhang mit der Tatbestandsvoraussetzung «Schaden» müssen grundsätzlich sämtliche Tatsachen bewiesen werden, die für die Schadensberechnung erforderlich sind.<sup>47</sup> Für den hier in Frage stehenden Konkursverschleppungsschaden bedeutet dies, dass *erstens* der Vermögenstand im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung und *zweitens* jener im Zeitpunkt der sog. hypothetischen Konkurseröffnung (d.h. in jenem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs ohne Pflichtverletzung eröffnet worden wäre) nachzuweisen ist.<sup>48</sup> Während sich der Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung aufgrund des Konkurserkenntnisses bis auf die Stunde genau feststellen lässt (vgl. Art. 175 Abs. 2 SchKG), bereitet die

<sup>45</sup> Zur Frage, inwieweit ein Konkursverschleppungsschaden als direkter oder indirekter Schaden zu qualifizieren ist und welche Folgen sich aus dieser Qualifikation für die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche ergeben, vgl. *Olivier Baum/Hans Caspar von der Crone*, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 88 (2016) 232 ff.

<sup>46</sup> *Peter Guyan*, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. Aufl., Basel 2013, N 3 zu Art. 150.

<sup>47</sup> Als Ausnahmen sind etwa die unbezifferte Forderungsklage (Art. 85 ZPO), die Stufenklage sowie die richterliche Schadensschätzung (Art. 42 Abs. 2 OR) zu nennen (vgl. *Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund*, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, 2. Aufl., Zürich 2013, § 14 N 4 ff.).

<sup>48</sup> *Dominique Müller*, Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubigersamtheit: Schadenssubstanziierung, Verjährung und Treuepflichtverletzung, Besprechung des Urteils 4A\_462/2009 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. März 2010, GesKR 3 (2010), 384; *Böckli* (Fn. 12), § 18 N 369 ff.; vgl. auch *Claudia Götz Staehelin/Simone Stebler*, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 4 (2009), 488 f.

<sup>44</sup> Ebenso: BSK FusG-*Gericke* (Fn. 18), N 10 ff. zu Art. 58; im Zusammenhang mit der Fusionsbilanz: BSK FusG-*Diem* (Fn. 18), N 12 zu Art. 11.



Ermittlung des Zeitpunkts der hypothetischen Konkursöffnung mehr Mühe: Zunächst hat der Verwaltungsrat bzw. die Revisionsstelle nach der Feststellung der Überschuldung mehrere Wochen (über die genaue Dauer herrscht Unklarheit) Zeit, bis die Überschuldungsanzeige getätigt werden muss.<sup>49</sup> Nach der Bilanzdeponierung können sodann weitere Wochen oder im Einzelfall sogar Monate vergehen, bis die Konkursöffnung erfolgt.<sup>50</sup> Das Bundesgericht stellt (bei der Konkursverschleppung durch eine verspätete Überschuldungsanzeige) deshalb auf den Zeitpunkt ab, in welchem die Vermögenslage einen kritischen (d.h. handlungsauslösenden) Punkt erreicht: Für den Verwaltungsrat ist dies der Zeitpunkt, in welchem die begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR), für die Revisionsstelle ist es der Moment, in welchem die Überschuldung offensichtlich wird (vgl. Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR).<sup>51</sup> Infolgedessen hätte die Schadensberechnung – wenn die Konkursverschleppung auf eine mangelhafte Umwandlungsprüfung zurückzuführen ist – anhand des Vermögensstands am Datum der Umwandlungsprüfung zu erfolgen, da der Umwandlungsprüfer die Überschuldung in diesem Zeitpunkt feststellen und dem Verwaltungsrat in Form eines negativen Prüfungsberichts zur Kenntnis bringen müsste.

Ob diese Auffassung auch vom Bundesgericht geteilt wird, wurde im vorliegenden Fall nicht beantwortet, da die Klägerinnen nicht hinreichend begründet hatten, weshalb auf den Vermögensstand am Tag der Umwandlungsprüfung abzustellen sei.<sup>52</sup> Das Kantonsgericht scheint aber anzudeuten, dass es der Schadensberechnung den Vermögensstand in einem (nicht näher spezifizierten) späteren Zeitpunkt zu-

grunde legen will, da «auch dann, wenn [der Umwandlungsprüfer] am Tag der Umwandlung auf die angebliche Überschuldung hingewiesen und [...] keinen positiven Prüfungsbericht abgegeben hätte, nicht bereits an diesem Tag der (hypothetische) Konkurs eröffnet worden wäre».<sup>53</sup> Wie erwähnt stellt sich das Problem, dass der Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung nicht ermittelt werden kann, jedoch auch dann, wenn der Konkurs durch den Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle verschleppt wird. Zudem ist nicht ersichtlich, welcher Ausgangszeitpunkt für die Schadensberechnung besser geeignet sein sollte. U.E. ist der Berechnung des Konkursverschleppungsschadens zufolge mangelhafter Gründungsprüfung deshalb der Vermögensstand am Datum der Umwandlungsprüfung zugrunde zu legen (immer vorausgesetzt, dass eine Kausalität zwischen mangelhafter Umwandlungsprüfung und verspäteter Konkursöffnung zu bejahen ist).

## 2.2 Beweislast

Gemäss Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Diese allgemeine Beweislastregel gilt grundsätzlich auch im Zusammenhang mit Art. 108 Abs. 2 FusG: Beweisbelastet ist im Regelfall also jene Partei, die gestützt auf diese Anspruchsgrundlage Schadenersatz verlangt.<sup>54</sup> Ausnahmsweise wird aber von diesem Grundsatz abgewichen und der Anspruchsgegner hat zu beweisen, dass die Haftungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Dies ist etwa der Fall bei natürlichen Vermutungen.<sup>55</sup> Hierbei schliesst

<sup>49</sup> Gemäss Lehre und aktueller Rechtsprechung kann die Benachrichtigung des Richters vier bis sechs Wochen hinausgeschoben werden (vgl. etwa *Claudia Suter*, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich/St.Gallen 2010, 192); hingewiesen sei auch auf BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999, worin sich das Bundesgericht für eine 60-tägige Frist ausgesprochen hat (vgl. hierzu *Rico A. Camponovo*, Benachrichtigung des Konkursrichters durch die Revisionsstelle, Rückblick auf 20 Jahre, offene Fragen, ST 6/7 [2012] 401; *Yves Mauchle/Hans Caspar von der Crone*, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, SZW 86 [2014], 227 ff.).

<sup>50</sup> *Böckli* (Fn. 12), § 13 N 778; *Camponovo* (Fn. 49), 402.

<sup>51</sup> BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2d/cc; BGE 132 III 564, E. 5.1.

<sup>52</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.1.

<sup>53</sup> Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 11. September 2015 (ZK1 2014 4) E. 4e/aa.

<sup>54</sup> *Von der Crone et al.* (Fn. 22), N 1106; zur Beweislastverteilung bei Verantwortlichkeitsprozessen im Allgemeinen vgl. *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 306 ff.

<sup>55</sup> Eine Umkehr der Beweislast findet sodann statt bei gesetzlichen Vermutungen sowie in Situationen, in denen die Beweisführung durch die Gegenpartei erschwert oder vereitelt wird (wobei dies auch im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann, vgl. die Hinweise bei *Flavio Lardelli*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 81 zu Art. 8); sodann sei auf Art. 13a UWG hingewiesen, welcher eine Beweislastumkehr nach richterlichem Ermessen vorsieht (vgl. *Karl Spühler/Annette Dolge/Myriam Gehri*, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des in-



der Richter aufgrund der Lebenserfahrung von einer (vom Ansprecher zu beweisenden) Tatsache auf eine andere Tatsache; für diese «andere» Tatsache wird die Beweislast also – nicht rechtstechnisch, aber im Ergebnis – umgekehrt.<sup>56</sup>

Eine solche natürliche Vermutung besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinsichtlich der schadensstiftenden Wirkung einer verspäteten Überschuldungsanzeige (bzw. einer dadurch resultierenden Verzögerung der Konkurseröffnung).<sup>57</sup> Diese Vermutung bezieht sich jedoch nur auf die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden, nicht auf den eigentlichen Schadensnachweis. Das heisst, es obliegt grundsätzlich nach wie vor dem Ansprecher, Bestand und Umfang eines Schadens nachzuweisen (zu den Voraussetzungen der Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR vgl. sogleich III.2.3.2).<sup>58</sup> Erst wenn ihm dies gelingt, profitiert er von der beschriebenen natürlichen Vermutung, weil er nicht mehr nachweisen muss, dass die erlittene Vermögenseinbusse auf die Pflichtverletzung zurückzuführen ist.<sup>59</sup>

Dasselbe muss auch gelten, wenn eine mangelhafte Umwandlungsprüfung als Ursache eines Konkursverschleppungsschadens vorgebracht wird: Der Schadensnachweis ist vom Ansprecher zu erbringen, eine Beweislastumkehr findet nicht statt. Hinsichtlich der Haftungsvoraussetzung «Kausalität» wird

die Beweisführung aber immerhin dergestalt erleichtert, dass «lediglich» die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und verspäteter Konkurseröffnung zu beweisen ist,<sup>60</sup> während die Ursächlichkeit der Konkursverschleppung (bzw. der Pflichtverletzung) für das Anwachsen der Überschuldung vermutet wird.

## 2.3 Substantiierung

### 2.3.1 Grundsatz

Grundsätzlich müssen die relevanten Tatsachen strikt bewiesen werden – der Beweis gilt also erst als erbracht, «wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist».<sup>61</sup> Um dies zu erreichen, muss die beweisbelastete Partei die anspruchsbegründenden Tatsachen substantiiert darlegen, d.h., sie muss ihre Behauptungen so konkret formulieren, «dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann».<sup>62</sup> Für den Schadensnachweis bedeutet dies, dass die erlittene Vermögenseinbusse zu beziffern ist, und zwar gesamthaft und aufgeschlüsselt in die einzelnen Schadenspositionen.<sup>63</sup>

Vom Regelbeweismass und den daraus fließenden hohen Substantiierungsanforderungen gibt es verschiedene Ausnahmen, welche dem Ansprecher die Beweisführung erleichtern sollen. Im Zusammenhang mit dem Schadensnachweis ist in erster Linie an die richterliche Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR zu denken.

### 2.3.2 Schadensschätzung (Art. 42 Abs. 2 OR)

Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der ziffernmässig nicht nachweisbare Schaden vom Richter zu schätzen. Entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung ist es nicht

ternationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, § 43 N 54 ff.).

<sup>56</sup> Rechtstechnisch haben natürliche Vermutungen keine Beweislastumkehr zur Folge, sondern sind Ausdruck der richterlichen Beweiswürdigung (*Spühler/Dolge/Gehri* [Fn. 55], § 43 N 64).

<sup>57</sup> BGE 132 III 564 (= Pra 96 [2007] Nr. 57), E. 6.3; BGer 4A\_462/2009 vom 16. März 2010, E. 3.4.5; BGer 4P.305/2001 vom 18. März 2002, E. 2d; vgl. auch das kürzlich ergangene Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 18. März 2016 (HG110226), E. 2.2.2.1.

<sup>58</sup> Vgl. *Müller* (Fn. 48), 387.

<sup>59</sup> Pra 96 (2007) Nr. 57 (= BGE 132 III 564), E. 6.3: «In Bezug auf den adäquaten Kausalzusammenhang [...] ist anerkannt, dass jegliche Verspätung bei der Hinterlegung der Bilanz im Allgemeinen für die Gesellschaft schädlich ist [...]. Man kann daher dem kantonalen Gericht nicht vorwerfen, den Begriff des adäquaten Kausalzusammenhangs [...] verkannt zu haben, indem es diesen Zusammenhang zwischen den Unterlassungen der Beklagten und dem [...] erlittenen Schaden wegen der Erhöhung der Unterdeckung [...] angenommen hat.» Vgl. auch *Böckli* (Fn. 12), § 18 N 371a, der von einer «beschränkten Umkehr der Beweislast» spricht.

<sup>60</sup> Eine entsprechende natürliche Vermutung ist kaum angebracht; vgl. auch die Erwägungen der Vorinstanzen, welche die Kausalität zwischen mangelhafter Umwandlungsprüfung und verspäteter Konkurseröffnung in Zweifel gezogen haben (Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 28. November 2013 [ZGO 2012 7/dre], E. 4.2c und Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 11. September 2015 [ZK1 2014 4], E. 4g).

<sup>61</sup> BGE 140 III 612, E. 4.1 (m.w.H.).

<sup>62</sup> BGer 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004, E. 4.2 (im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses).

<sup>63</sup> *Roland Brehm*, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, N 9c ff. zu Art. 42.

erforderlich, dass die Bezifferung unmöglich ist, es genügt auch, wenn die zahlenmässige Berechnung der beweisbelasteten Partei nicht zugemutet werden kann.<sup>64</sup> Art. 42 Abs. 2 OR hat aber weder eine Beweislastumkehr zur Folge noch befreit er den Ansprecher von seiner Substantiierungsobliegenheit.<sup>65</sup> Dieser ist immer noch gehalten «alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen [...]».<sup>66</sup>

Es ist anerkannt, dass der Konkursverschleppungsschaden grundsätzlich einer richterlichen Schadensschätzung zugänglich ist.<sup>67</sup> Dies erscheint sachgerecht, da der Nachweis eines Konkursverschleppungsschadens oftmals mit zahlreichen Problemen verbunden ist. Besonders grosse Schwierigkeiten bereitet die Ermittlung des Vermögensstands am Tag der hypothetischen Konkursöffnung, zumal im Regelfall keine Bilanz existiert, welche den Vermögensstand (notabene zu Liquidationswerten) in diesem Zeitpunkt darstellt.<sup>68</sup>

Ungeachtet dieser – praktisch immer auftretenden – Beweisschwierigkeiten verweigern die Gerichte die Schätzung des Schadens aber relativ oft, weil die Ansprecher nicht alle «möglichen und zumutbaren» Anstrengungen unternehmen, um Bestand und Umfang des Schadens zu beweisen.<sup>69</sup> Aus dem vorlie-

genden Entscheid lassen sich diesbezüglich folgende Lehren ziehen:

- **Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung:** Es muss begründet dargelegt werden, wann der Konkurs ohne Pflichtverletzung eröffnet worden wäre.<sup>70</sup>
- **Nachweis des Vermögensstands im (behaupteten) Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung:** Die Bilanz, welche zum Nachweis des Vermögensstands im Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung verwendet wird, muss alle buchhalterischen Bewegungen bis zu ebendiesem Datum abbilden. Die notwendigen Informationen sollten bei ordnungsgemässer Buchführung den Konkursakten – welche ein Gläubiger einsehen darf – entnommen werden können;<sup>71</sup> sind die Konkursakten unvollständig, so kann dies dem Umwandlungsprüfer nicht vorgeworfen werden, da er im Verhältnis zur Gesellschaft als Aussenstehender anzusehen ist.<sup>72</sup>
- **Nachweis des Aktivenbestands im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung:** Es muss nachgewiesen werden, über welche Aktiven die Gesellschaft am Tag der tatsächlichen Konkursöffnung verfügt hat. Namentlich kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass im Falle der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gar keine Vermögenswerte mehr vorhanden sind, sondern nur, dass das Verwertungssubstrat nicht ausreicht, um die Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu decken (vgl. Art. 230 Abs. 1 SchKG).<sup>73</sup>

<sup>64</sup> BK-Brehm (Fn. 63), N 47 zu Art. 42.

<sup>65</sup> Vgl. etwa BGE 122 III 219, E. 3a: «Damit soll dem Geschädigten jedoch [...] nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung und nicht etwa darauf, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen.»

<sup>66</sup> Allgemein: BGE 122 III 219, E. 3.a; im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses: BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2d/bb; vgl. auch Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 159 ff.

<sup>67</sup> Vgl. Daniel Glasl, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 77 (2005) 164, Fn. 62: «Die Voraussetzungen der Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR sind insbesondere beim Fortführungsschaden häufig, wenn nicht gar stets erfüllt.»

<sup>68</sup> Müller (Fn. 48), 386; vgl. auch Patrick Umbach/Rolf H. Weber, Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 127 ff.; Götz Staehelin/Stebler (Fn. 48), 490 f.

<sup>69</sup> Nebst dem hier besprochenen Entscheid etwa auch in: BGer 4A\_373/2015 vom 26. Januar 2016; BGer 4A\_214/2015 vom 8. September 2015; BGer 4C.292/2003 vom

25. Mai 2004; BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001.

<sup>70</sup> Im vorliegenden Fall hatten die Klägerinnen die von ihnen (u.E. zu Recht) vertretene Auffassung, wonach zur Ermittlung des Zeitpunkts der hypothetischen Konkursöffnung das Datum der Umwandlungsprüfung massgeblich sei, nicht näher ausgeführt; den Substantiierungsanforderungen des Bundesgerichts genügte dies nicht (BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.1; vgl. aber auch E. 6.5.1, wo festgehalten wird, dass als Stichtag für die Entstehung eines möglichen Schadens der Tag der Umwandlungsprüfung anzusehen ist).

<sup>71</sup> Vgl. hierzu auch Böckli (Fn. 12), § 18 N 373 (insb. Fn. 897).

<sup>72</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.6.

<sup>73</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.1; zur Bewertung eines Aktivums (Kaviarvorräte) im Rahmen des Schadensnachweises vgl. auch BGer 4A\_462/2009 vom 16. März 2010, E. 3.4.

- **Nachweis des Passivenbestands im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung:** Ebenfalls nachgewiesen werden muss der Umfang der Passiven im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung. Auf den Kreditorenbestand am Tag der hypothetischen Konkursöffnung kann dabei nur abgestellt werden, wenn belegt wird, dass seit der hypothetischen Konkursöffnung keine Rückzahlungen an die Gläubiger erfolgt sind.<sup>74</sup>
- **Massgeblichkeit der Liquidationswerte:** Für die Schadensberechnung sind grundsätzlich die Liquidationswerte massgeblich. Die Fortführungswerte können im Regelfall nur bei bargeldmässigen Teilen des Umlaufvermögens (Kasse und Bank) berücksichtigt werden.<sup>75</sup>

Schliesslich ist der beweisbelasteten Partei zu raten, dass sie darlegt, welche Informationen sie nicht erhältlich machen konnte, um Bestand und Höhe des Schadens noch weiter zu substantiieren. Eine lückenhafte Informationsbasis darf der beweisbelasteten Partei, sofern ihr das Fehlen der betreffenden Informationen nicht zugerechnet werden kann, nämlich nicht zum Nachteil gereichen – schliesslich ist es gerade der Zweck von Art. 42 Abs. 2 OR, in solchen Situationen der Beweisnot Abhilfe zu schaffen.<sup>76</sup>

## IV. Schlussbemerkungen

### 1. Pflichtverletzung

Die Revisionsstelle erfüllt mit Blick auf die Gesellschafter, Gläubiger und die Allgemeinheit eine wichtige Schutzfunktion. Aufgrund der Bedeutung dieser Schutzfunktion ist die Versuchung gross, die entsprechenden Aufgaben nicht nur der Revisionsstelle anzuvertrauen, sondern zusätzlich oder – beim Verzicht auf eine Revisionsstelle – ersatzhalber einer anderen Instanz aufzuerlegen. Im Zusammenhang mit dem Umwandlungsprüfer ist dieser Ansatz aber abzulehnen (funktionale Betrachtungsweise [vgl. III.1.1]).

Daraus folgt, dass der Umwandlungsprüfer im Falle einer Überschuldung zwar einen negativen Prüfungsbericht ausstellen muss, aber nicht verpflichtet

ist, eine Überschuldungsanzeige zu tätigen. Dies kann unter Umständen zwar Schutzlücken zur Folge haben, etwa wenn die Gesellschaft über keine Revisionsstelle verfügt (vgl. III.1.2.3). Der Umwandlungsprüfer ist aber nicht die geeignete Stelle, um diese Schutzlücken zu schliessen. Vielmehr muss der Verwaltungsrat diesfalls (erst recht) dafür besorgt sein, dass eine Überschuldung rechtzeitig erkannt und angezeigt wird.

Ebenso wenig ist der Umwandlungsprüfer gehalten, die ihm vorgelegte Bilanz im Hinblick auf ihre Buchführungs- und Rechnungslegungskonformität zu überprüfen. Durch diese Einschränkung der Prüfungspflichten sind die Gesellschafter und Gläubiger zwar weniger geschützt, was jedoch insbesondere aus methodischen Gründen und Zweckmässigkeitsüberlegungen hinzunehmen ist. Zudem wird die mit einer nicht-revidierten Umwandlungsbilanz einhergehende Gefahr, dass der Umwandlungsprüfer trotz Überschuldung einen positiven Prüfungsbericht ausstellt, durch Art. 58 Abs. 1 FusG bis zu einem gewissen Grad entschärft: Eine Zwischenbilanz ist – wie das Bundesgericht vorliegend festgehalten hat – nämlich auch dann erforderlich, wenn aus der dem Umwandlungsprüfer vorgelegten Bilanz ersichtlich ist, dass sich die Gesellschaft in einer schwierigen Vermögenslage befindet.<sup>77</sup> Trotz den Anforderungen von Art. 58 Abs. 2 FusG bleibt das Risiko, dass die tatsächliche Vermögenslage der Gesellschaft nicht korrekt wiedergegeben wird, aber auch diesfalls bestehen.

### 2. Schaden

In der Praxis werden Verantwortlichkeitsklagen relativ häufig abgewiesen, weil die Ansprecher darauf vertrauen, dass der Richter eine Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR vornimmt, die Anwendung dieser Norm dann aber mangels hinreichender Schadenssubstantiierung verweigert wird. Ob dieses Phä-

<sup>74</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.1.

<sup>75</sup> BGer 4A\_574/2015 vom 11. April 2016, E. 6.5.3.

<sup>76</sup> BGE 98 II 34, E. 2 m.w.H.; *Glasl* (Fn. 67), 164.

<sup>77</sup> Ob sich das Bundesgericht für diese Auslegungsvariante entschieden hat, um die eingeschränkten Prüfungspflichten des Umwandlungsprüfers zu kompensieren, kann nicht beantwortet werden. Der Umstand, dass es sich relativ eingehend mit dem Erfordernis einer Zwischenbilanz beschäftigt hat, obschon von den Klägerinnen keine entsprechende Pflichtverletzung geltend gemacht wurde, deutet aber zumindest darauf hin, dass das Bundesgericht der Aktualität der Umwandlungsbilanz eine grosse Bedeutung beimisst.

nomen auf unsorgfältige Prozessführung durch die Kläger oder überzogene Substantiierungsanforderungen seitens der Gerichte zurückzuführen ist, kann nicht allgemein, sondern nur fallspezifisch anhand der konkreten Tatsachenvorbringen beantwortet werden. Der vorliegende Entscheid zeigt aber einmal mehr, dass die beweisbelastete Partei alles ihr Mögli-

che zu unternehmen hat, wenn sie in den Genuss einer Beweiserleichterung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR kommen möchte: Die Schadensschätzung soll nämlich Quantifizierungsprobleme lösen, entlastet aber nicht von der Obliegenheit, das Substantiierbare auch wirklich zu substantiieren.